



## *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*

---

2021/112

---

### LA DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES: DE LA SUP AL COMPANY LAW PACKAGE

Mónica Fuentes Naharro

Prof. Titular de Derecho Mercantil

Universidad Complutense de Madrid

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.

Universidad Complutense de Madrid.

Ciudad Universitaria s/n.

28040 Madrid

00 34 -913 94 54 93

E-mail autor: mfuentes@ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional [EPrints Complutense](#)*

*Copyright © 2019 por el autor*

**\*\* La versión definitiva de este trabajo se encuentra publicado en el *Anales de la Academia Matritense y del Notariado* (2019), núm.59.**

# **LA DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES: DE LA SUP AL COMPANY LAW PACKAGE**

Mónica Fuentes Naharro

Prof. Titular de Derecho Mercantil

Universidad Complutense de Madrid

**I. INTRODUCCIÓN. - II. ANTECEDENTES. - III. LA “DIGITALIZACIÓN” DEL DERECHO DE SOCIEDADES. CARACTERIZACIÓN GENERAL, ÁMBITO SUBJETIVO Y PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA DIRECTIVA. - 1. Caracterización general: los “procedimientos en línea”. - 2. Ámbito subjetivo de la Directiva. - 3. Principios informadores de los “procedimientos en línea” incorporados a la Directiva. - 3.1. Imperatividad. - 3.2. Neutralidad tecnológica. - 3.3. Respeto a las tradicionales legislativas de los EEMM (neutralidad jurídica). - IV. LA CONSTITUCIÓN INTEGRAMENTE EN LÍNEA. - 1. Principios informadores. - 1.1. Principio de tramitación íntegramente en línea. - 1.1.1. *Significado: la prohibición de comparecencia física ante ninguna autoridad.* - 1.1.2. *Las excepciones a la prohibición de comparecencia física.* - 1.2. Principio de armonización mínima. - 1.3. Principio de simplificación del procedimiento de formación. - 1.4. Principio de celeridad. - 1.5. Principio de información suficiente y accesible al fundador. - 2. Algunas reflexiones finales a propósito de la incorporación de la directiva al derecho español.**

## **I. INTRODUCCIÓN**

El amplio concepto –que no es jurídico- de “digitalización”, cuando se pone en conexión con el derecho de sociedades, permite invocar muy diversos fenómenos que ya sólo son relativamente nuevos y cuya problemática jurídica plantea un indudable interés pero que no se van a abordar en este trabajo (blockchain, inteligencia artificial, funcionamiento “virtual” de los órganos societarios, etc).

Nuestro objetivo es más modesto y mucho más delimitado: explicar el origen, la evolución y los criterios de política jurídica que han informado la actual redacción de la recientemente aprobada Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de

sociedades<sup>1</sup>. Se trata de un importante texto de Derecho europeo que, tras un largo e interesante iter pre-legislativo al que haremos referencia, fue publicado en su versión inicial por la Comisión Europea el 25 de abril de 2018 como “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades”<sup>2</sup>. Esa Propuesta, que se vio modificada en algunos aspectos sustanciales a lo largo del proceso de negociación, resultó aprobada por el Parlamento Europeo en primera lectura el 18 de abril de 2019<sup>3</sup> y fue objeto de la conferencia que tuve el honor de impartir en la Academia Matritense y del Notariado el 9 de mayo de 2019. Son muy pocos los cambios que, a la vista de la Directiva 2019/1151, ha sufrido el texto del Parlamento (fundamentalmente, referidos a la determinación de plazos de transposición). Por ello, el contenido de la exposición que hicimos entonces no se verá alterado en este trabajo. A la Directiva 2019/1151 nos referiremos en adelante también como la “Directiva de digitalización”<sup>4</sup>.

## II. ANTECEDENTES

El estudio de esta Directiva no se puede acometer sin comprender correctamente el contexto pre-legislativo en que se sitúa y al que ya apunta el subtítulo de este trabajo (“*de la SUP al Company Law Package*”). Ambos hitos nos marcarán el largo y algo –en ocasiones– arduo camino que hubo que recorrer para llegar a la actual Directiva de digitalización.

Así, imprescindible como antecedente es, por un lado, la Propuesta de Directiva de Sociedades Unipersonales de Responsabilidad Limitada (*Societas Unius Personae*, o “Propuesta SUP”), publicada en 2014<sup>5</sup>. Texto también pre-legislativo que tras largas

---

<sup>1</sup> BOE de 11 de julio de 2019 (<https://www.boe.es/doue/2019/186/L00080-00104.pdf>).

<sup>2</sup>[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:063411b2-4935-11e8-be1d-01aa75ed71a1.0022.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:063411b2-4935-11e8-be1d-01aa75ed71a1.0022.02/DOC_1&format=PDF)

<sup>3</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_8452\\_2019\\_INIT&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8452_2019_INIT&from=ES)

<sup>4</sup> Este trabajo recoge el texto de la conferencia referida, al que se han incorporado algunas notas al pie de página con las referencias legislativas y doctrinales imprescindibles que no pretenden ser exhaustivas.

<sup>5</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada” que había elaborado la Comisión Europea (COM 2014/212 final, de 9 de abril de

negociaciones en el seno del Consejo Europeo pasó al Parlamento, donde su tramitación quedó paralizada (y abandonada). Esto supuso para la Comisión un duro fracaso que sin duda condicionó e influyó de forma determinante en el contenido y en los principios de política jurídica que informan el texto de la Directiva que hoy nos ocupa.

El otro antecedente imprescindible está conformado por los trabajos del Grupo de Expertos denominado *Informal Company Law Expert Group* (ICLEG)<sup>6</sup>, que ha asesorado técnicamente a la Comisión desde el verano de 2014 hasta el otoño de 2017. El ICLEG, entre otras tareas, elaboró un “Informe sobre la Digitalización del Derecho de sociedades” (publicado en 2016)<sup>7</sup>. Además de este informe, el principal –que no único– fruto de aquellos trabajos entre la Comisión y el ICLEG es el denominado “Paquete de Derecho de Sociedades” (*Company Law Package*) publicado el 25 de abril de 2018<sup>8</sup> en forma de dos Propuestas de modificación de la Directiva consolidada de sociedades: una sobre “el uso de herramientas y procesos digitales en el derecho de sociedades” (la Propuesta de Directiva de digitalización, cuyo texto definitivo es objeto de este trabajo), y otra referida a “las

---

2014, disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-212-ES-F1-1.Pdf>. Este texto inicial de 9 de abril de 2014 fue aprobado posteriormente como “orientación general” por el Consejo de Competitividad, el 28 de mayo de 2015 (Doc. 9050/15 DRS 41 CODEC 751, de 29 de mayo de 2015, disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9050-2015-INIT/es/pdf>). Sobre ambos textos, son referencia los trabajos de ESTEBAN VELASCO, G., “La propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): las cuestiones más polémicas”, en *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2015 (nº 60), p. 148 y ss. (<http://www.elnotario.es>); y más recientemente: “La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, en *AAMN*, 2015, p. 105 y ss. También de imprescindible consulta: VIERA GONZÁLEZ, J./TEICHMANN, C., (dirs.) *Private companies in Europe. The societas unius personae (SUP) and recent developments in the EU Member States*, Cizur Menor, 2016; VELASCO SAN PEDRO, L., “De la *Societas Privata Europaea* a la *Societas Unius Personae* en las Propuestas Europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, p. 327 y ss; GALÁN LÓPEZ, C., “La informatización de las sociedades: la constitución de la “societas unius personae” y la problemática que suscita”, (coord. Fernández/Arias/Martínez) *Derecho de sociedades y derecho de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, 2018, p. 341 y ss.

<sup>6</sup><http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3036>. Sus miembros son: John Armour, Gintautas Bartakus, Blanaid Clarke, Pierre-Henri Conac, Harm-Jam de Kluiver, Holger Fleischer, Mónica Fuentes, Jesper L. Hansen, Vanessa Knapp, Marco Lamandini, Arkadiusz Radwan, Christoph Teichmann, Robbert van Het Kaar, Martin Winner.

<sup>7</sup> [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg-report-on-digitalisation-24-march-2016\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg-report-on-digitalisation-24-march-2016_en.pdf)

<sup>8</sup> [https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package_en).

transformaciones transfronterizas, fusiones y escisiones” (la Propuesta de Directiva de movilidad transfronteriza).<sup>9</sup>.

Y es que, la digitalización del derecho de sociedades lleva años en la agenda europea. Ya con anterioridad a la Comunicación de 19 de abril de 2016 sobre el Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2016-2020.<sup>10</sup>, la digitalización se había convertido en un objetivo esencial de política jurídica para la Comisión que había dado sus primeros frutos: elemento esencial –y previo- para la construcción y funcionamiento de las medidas contenidas en la Directiva que hoy analizamos fue la creación del Sistema de Interconexión de los Registros centrales, mercantiles y de sociedades de todos los Estados miembros (“SIRM”), materializado en la Directiva 2012/17, de 13 de junio de 2012 (conocida también por su acrónimo en inglés, “BRIS”) y que está operativa desde junio de 2017.<sup>11</sup>.

Pero como decíamos en la introducción, los antecedentes técnico-jurídicos en sentido propio de la Directiva de digitalización se encuentran en la Propuesta SUP y en los trabajos del ICLEG con la Comisión. La Propuesta SUP fue el primer intento de la Comisión Europea de incorporar obligatoriamente la constitución “enteramente en línea” de un tipo *–rectius*, subtipo- de sociedad de responsabilidad limitada (en este caso, unipersonal). Este elemento, la constitución íntegramente en línea, como veremos, es el núcleo de la Directiva de digitalización y más adelante se podrá constatar hasta qué punto este texto (la Directiva) es deudor de aquél (la Propuesta SUP).

Por otro lado, el Informe sobre la Digitalización del Derecho de Sociedades elaborado por el ICLEG es relevante porque en él ya se fijaron muchos de los criterios de política jurídica (en forma de recomendaciones) que luego la Comisión siguió en la elaboración de la Propuesta que ha dado origen a la Directiva de digitalización y que a continuación referimos brevemente:

---

<sup>9</sup> Sobre la Propuesta de movilidad transfronteriza, nos permitimos la remisión a nuestro trabajo: “Cross-Border Conversions and the Company Law Package”, (dirs. Kovaks, E./Winner, M.) Stakeholder Protection in Restructuring (Selected Company and Labour Law Issues), Nomos, 2019, p. 13 y ss.

<sup>10</sup> <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-179-ES-F1-1.PDF>.

<sup>11</sup> <https://boe.es/doue/2012/156/L00001-00009.pdf>.

(1) Promover la constitución “pura o enteramente” en línea de sociedades, incitando a los sistemas nacionales al recoconomiento mutuo de formas electrónicas de identificación seguras a esos efectos y a excluir la exigencia de comparecencia física ante cualquier autoridad. Además, el ICLEG recomendaba que con el fin de permitir una verdadera y completa constitución telemática de las sociedades, los Estados miembros deberían permitir la presentación electrónica de toda la documentación relevante en el momento de la constitución (Recomendación 5). El Informe del ICLEG también entendía que debía facilitarse la constitución “transfronteriza” de las sociedades, previendo unos estatutos estándares (modelos) u otros documentos constitutivos que deberían estar disponibles en línea a través de los Registros mercantiles (Recomendación 6).

(2) Pero el ICLEG iba aún más allá. Proponía extender la posibilidad de que lo socios, a lo largo de la vida de la sociedad, pudiesen modificar los estatutos sociales también en línea. Por eso abogaba por eliminar la presencia física ante notario de cualquier otro acto jurídico relevante para el funcionamiento de las sociedades incorporando una Recomendación 7 en la que solicitaba a la Comisión que se asegurase de que los Estados miembros dejarían de exigir la presencia física para la presentación y/o inscripción de cualquier documento societario. Por lo tanto, el ICLEG ya abogaba por la extensión de los principios de la constitución puramente en línea a todo el “ciclo vital” de la sociedad.

(3) En su Recomendación 9, el ICLEG solicitaba a la Comisión la reforma de la entonces vigente Directiva 89/666 sobre sucursales una vez el SIRM estuviese funcionando plenamente, de tal modo que permitiese que toda la documentación a presentar sobre una sucursal se pudiese hacer desde o en el Registro mercantil del Estado de origen (esto es, desde el Estado donde la sociedad está domiciliada).

(4) Además, en su Recomendación 8, el ICLEG pedía a la Comisión que las copias solicitadas al Registro mercantil se tuvieran por “autenticadas” (*true copies*), sin necesidad de solicitar explícitamente esa condición. Igualmente recomendaba la previsión de un punto único de entrega (una única autoridad) de toda la documentación societaria (*single point delivery principle*), así como la aceptación de documentos electrónicos con carácter probatorio, extendiendo esa aceptación a todos los Estados miembros y no sólo con carácter probatorio en juicio, sino también fuera de él (Recomendación 11).

Como tendremos ocasión de ver, las Recomendaciones efectuadas por el ICLEG constituyen los principios esenciales de política jurídica que informan la Directiva de digitalización. Debe señalarse, no obstante, que sólo una parte de aquellas recomendaciones

fueron acogidas por la Comisión (y posteriormente por la Directiva): las que se contenían en la parte del Informe dedicada a la digitalización de las relaciones de la sociedad con las autoridades del Estado miembro (*“Digitalisation of communications between a company and the State”*)<sup>12</sup>. La otra parte del Informe, la destinada a la digitalización de las relaciones entre la sociedad y sus socios (*“Electronic communication between a company and its shareholders and other stakeholders”*)<sup>13</sup>) nunca ha formado parte –en ningún estadio del iter legislativo– de la Directiva de digitalización.

### **III. LA “DIGITALIZACIÓN” DEL DERECHO DE SOCIEDADES. CARACTERIZACIÓN GENERAL, ÁMBITO SUBJETIVO Y PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA DIRECTIVA**

Para analizar la Directiva, procederemos a dividir nuestro trabajo en dos partes. En esta primera (epígrafe III), trataremos de hacer una aproximación general al contenido de *toda* la Directiva. Para ello, en un primer momento trataremos de describir y sistematizar los elementos caracterizadores esenciales que, aunque sea a grandes rasgos, nos permitirán conocer su contenido global. Luego explicaremos su ámbito subjetivo de aplicación. Por último, intentaremos colegir los que, a nuestro juicio, son los principios generales que informan el conjunto del texto.

En una segunda parte (epígrafe IV) nos centraremos ya exclusivamente en la constitución íntegramente en línea, que es el núcleo central de la iniciativa de Derecho europeo que hoy nos ocupa.

#### **1. CARACTERIZACIÓN GENERAL: LOS “PROCEDIMIENTOS EN LÍNEA”**

La Directiva de digitalización, que se justifica tanto por motivos de carácter económico<sup>14</sup>, como de carácter jurídico<sup>15</sup>, se estructura en cinco artículos, siendo el primero el más relevante:

---

<sup>12</sup> Vid. pp. 15 a 22 del Informe.

<sup>13</sup> Vid. pp. 23 a 42 del Informe.

<sup>14</sup> Como dice el texto en su Considerando 2º, el uso de herramientas y procesos digitales busca “*el funcionamiento eficaz, la modernización y la racionalización administrativa de un mercado interior competitivo y para garantizar*

El artículo 1 incorpora toda las “Modificaciones a la Directiva (UE) 2017/1132”, lo que representa la reforma de los preceptos fundamentales de la Directiva consolidada en cuanto a constitución de sociedades y sucursales se refiere: esencialmente —aunque no sólo— se modifica el artículo 13 (añadiéndose los arts. 13 *bis* a 13 *undecies*, que contienen las novedades de régimen sustantivo más relevantes), el artículo 16 (añadiéndose el art. 16 *bis*), el artículo 19 y se añaden también los artículos 28 *bis*, 28 *ter*, 28 *quater* y 30 *bis* (estos últimos dedicados a las sucursales). El artículo 2 se dedica a la “Transposición” (1 de agosto de 2021 con posibilidad de prórroga de un año). El artículo 3 a los “Informes, revisión y recogida de datos”, precepto dedicado a la evaluación por la Comisión de diversos aspectos: extensión imperativa del registro en línea a *todos* los tipos de sociedades más allá de las del anexo II bis, viabilidad de facilitar un modelo armonizado de constitución para toda la Unión Europea (“UE”), experiencia en cuanto a la aplicación de las normas de inhabilitación de los administradores, etc. El artículo 4 a la “Entrada en vigor” (20 días después de su publicación en el DOUE). El artículo 5 a los “Destinatarios” (los Estados miembros).

De un primera análisis del conjunto de sus preceptos (especialmente de su artículo 1 y las modificaciones que introduce en la Directiva 2017/1132) se colige que la Directiva de digitalización se construye en torno a los siguientes cuatro grandes elementos caracterizadores:

1. El primer elemento es la imposición del procedimiento “íntegra o puramente” en línea para constituir sociedades de capital. Este procedimiento, por su novedad y por la “extensión” o “propagación” que luego veremos se predica de él respecto

---

*la competitividad y credibilidad de las sociedades*”; asimismo (considerando 3º) se busca “*fomentar el crecimiento económico, la creación de empleo y atraer inversiones a la Unión, lo que aportaría beneficios económicos y sociales para la sociedad en su conjunto*”.

<sup>15</sup> También, como advierte el Considerando 3º, se pretende otorgar un entorno jurídico “*a la altura de los nuevos desafíos económicos y sociales de la globalización*” así como hacerlo de forma segura, ofreciendo “*las garantías necesarias frente al abuso y el fraude*”. Igualmente, se persigue un fin armonizador debido a las significativas diferencias de régimen entre los EEMM “*en lo que respecta a la disponibilidad de herramientas en línea que permitan a empresarios y sociedades comunicarse con las autoridades sobre cuestiones de Derecho de sociedades*”. De hecho, la base jurídica de la Propuesta es, precisamente, la armonización que se predica del artículo 50 TFUE, esto es, la armonización de una forma —societaria— de derecho nacional (ya que se aplica a las formas nacionales ya existentes de los Anexos de la Directiva 2017/1132).



de otros ámbitos, es el núcleo esencial de la Directiva de digitalización y se tratará de forma más detallada en el siguiente epígrafe de este trabajo (*infra* IV). No obstante, queremos ya apuntar que este procedimiento puramente en línea, por sus características, dista en algunos aspectos –pocos, pero muy relevantes– del procedimiento digital de constitución de sociedades que desde hace ya años conocemos en nuestro país. Mientras el nuevo sistema de la Directiva prohíbe exigir la comparecencia física del fundador ante ninguna autoridad del país de constitución, el sistema de constitución telemática vigente hoy en día en España no impone ese límite y sigue requiriendo, por tanto, la comparecencia física del fundador (o de su representante) ante Notario<sup>16</sup>. Así, la incorporación de la Directiva<sup>17</sup> va a suponer, por un lado, cambios en nuestro ordenamiento, ya que incorporará exigencias que nuestro actual sistema de constitución digital no contempla (y que están vinculadas a la no exigibilidad de la presencia física ante el notario); y por otro lado, va a representar un desafío a nivel tecnológico para aquellos Estados miembros que deseen preservar el control de legalidad *ex ante* en el proceso de constitución de sociedades.

2. El segundo elemento que caracteriza la Directiva es la extensión de ese procedimiento íntegramente en línea al denominado “ciclo vital” de todas las sociedades de capital (art. 13 *undecies*: sobre “Presentación en línea de documentos y de información societarios”). En virtud de ello se impone a los Estados miembros la obligación de velar

---

<sup>16</sup> En un trabajo de este carácter, aunque resulte innecesario –además, creemos, de superfluo por ser sobradamente conocido por cualquier lector de estos Anales–, no podemos dejar de mencionar que la constitución en línea o electrónica existe en nuestro país desde hace ya tiempo. En España, la posibilidad de constituir por medios telemáticos una sociedad de capital surgió en el año 2003, con la Sociedad Limitada Nueva Empresa (“SLNE”, con la que se introdujo el sistema de constitución telemática o electrónica: v. arts. 5 y 6 del RD 682/2003, de 7 de junio) en torno a cuatro piezas fundamentales: (1) los Puntos de Atención al Emprendedor, (2) la cumplimentación del Documento Único Electrónico (DUE), cuya remisión generaba una cita con la notaría, (3) y el CIRCE, sistema ante el cual la cuarta pieza del procedimiento, (4) el notario, solicitaba la inscripción de la escritura firmada electrónicamente. Este sistema, como se sabe, fue luego extendido a todas las sociedades de responsabilidad limitada a finales de 2006 con la aprobación del RD 1332/2006, de 21 de noviembre, regulador del Documento Único Electrónico (DUE) (v. también art. 5 RDL 13/2010, de 3 de diciembre). Posteriormente el DUE ha sido contemplado en la propia LSC, en concreto, en su disposición adicional 3ª.

<sup>17</sup> Su transposición deberá acometerse antes del 1 de agosto de 2021 (art. 2 “Transposición”), si bien, se prevé una posible prórroga a instancia de cada Estado miembro por un máximo de un año cuando éste experimente “especiales dificultades” para proceder a esa transposición.

porque los documentos e información a que se refiere el artículo 14<sup>18</sup>, incluida cualquier modificación posterior, puedan completarse íntegramente en línea ante el Registro mercantil en el plazo previsto por el Derecho del Estado miembro en el que esté registrada la sociedad (art. 13 *undecies* 1º). El significado de esa expresión –“completarse íntegramente en línea”- es también el de excluir la necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad del Estado (cuestión ésta en la que no nos detenemos porque ya se abordará en relación con la constitución en línea, *infra* IV).

De ahí que la Directiva se refiera constantemente a lo largo de su texto, en plural, a “los procedimientos en línea”. Con ello alude, en definitiva, a soluciones íntegramente electrónicas para presentar la documentación e información necesaria en el Registro mercantil a lo largo de todo el ciclo de vida de la sociedad. Ello, como veremos, no excluye o elimina las tradicionales formas de presentación (en papel, por ejemplo; cfr. art. 13 *undecies* 5º). Luego se volverá sobre esta cuestión.

3. En tercer lugar, los procedimientos “íntegramente en línea” se extienden también, *mutatis mutandis*, a las sucursales (a su registro y también a la documentación e informaciones que deban presentar). A ello se destina la inserción de los artículos 28 *bis*, *ter*, *quater* y 30 *bis*. La Directiva prevé que también sea posible abrir y registrar una sucursal en otro Estado miembro de manera enteramente telemática, para lo cual, se utilizaría el SIRM. Además, obliga a los Estados miembros a informarse mutuamente, a través del SIRM, sobre los cierres de sucursales y sobre las modificaciones de razón social o de domicilio social (tratando de aplicar, en definitiva, el principio de “solo una vez” en un contexto transfronterizo).

4. En cuarto y último lugar, la Directiva afecta a la publicidad registral y a su coste. Son varias e importantes las reformas que se introducen en el sistema de publicidad legal y de funcionamiento de nuestros Registros mercantiles y que atienden al referido

---

<sup>18</sup> Los documentos e información societaria que la Directiva 2017/1132 exige en el artículo 14 (“*Actos e indicaciones que deben publicar las sociedades*”), son conocidos por todos: escritura de constitución y estatutos, su modificación, el nombramiento y cese de administradores, las operaciones sobre el capital, la disolución, etc.).

principio de “solo una vez”<sup>19</sup> del que la Directiva hace gala y que implica que los empresarios no tengan que reiterar la presentación ante ninguna administración pública de una misma información (Considerando 28)<sup>20</sup>.

La aplicación de este principio de “solo una vez” inspira tanto la reforma de la inscripción de las sucursales como la reforma de los preceptos dedicados a la publicidad registral. Y aunque, debido al carácter de este trabajo no podemos deternos en detalle ahora en esta cuestión, parece necesario apuntar los cambios esenciales que se tendrán que acometer en relación con la publicidad de los Registros mercantiles:

En primer lugar, se modifica de forma sustancial el actual artículo 16 (“Publicidad en el registro”) y se inserta un artículo 16 *bis* (“Acceso a la información publicada”). El artículo 16 impone en su nuevo texto a los Estados miembros la obligación de velar (i) porque se asigne a las sociedades un identificador único europeo (“EIUD”) que permita identificarlas inequívocamente en las comunicaciones entre los Registros a través del SIRM, (ii) y porque el Registro convierta a formato electrónico todos los documentos e información que se presenten en papel “en el plazo más breve posible”.

También prevé la nueva Directiva que los Registros de Estados miembros puedan dar publicidad a los documentos e informaciones del artículo 14 de la Directiva consolidada, a través de “una plataforma electrónica central”. Dice el artículo 16 en su nuevo apartado tercero que: “*los Estados miembros podrán exigir también que algunos o todos los*

---

<sup>19</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: the Practitioner’s Perspective”, ECFR, 2019, p. 151.

<sup>20</sup> “Con el fin de reducir los costes y la carga administrativa y la duración de los procedimientos para las sociedades, los Estados miembros deben aplicar en materia de Derecho de sociedades el principio de «solo una vez», que, como demuestran, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2018/1724, el Plan de Acción de la Comisión sobre Administración Electrónica o la Declaración de Tallin sobre la administración electrónica, está asentado en la Unión. La aplicación del principio de «solo una vez» implica que las sociedades no tengan que presentar la misma información a la administración pública más de una vez. Por ejemplo, las sociedades no deben presentar la misma información al registro nacional y al boletín nacional. En su lugar, el registro debe suministrar la información ya presentada directamente al boletín nacional. Del mismo modo, cuando una sociedad se constituye en un Estado miembro y quiera registrar una sucursal en otro Estado miembro, debe poder utilizar los documentos o la información previamente presentados en un registro. Además, cuando una sociedad se constituye en un Estado miembro, pero tenga una sucursal en otro Estado miembro, debe poder presentar determinados cambios de su información societaria solo ante el registro en el que esté registrada, sin necesidad de presentar la misma información ante el registro en el que esté registrada la sucursal. En su lugar, datos tales como la modificación de la denominación o del domicilio social de la sociedad deben intercambiarse electrónicamente entre el registro en que esté registrada la sociedad y el registro en que esté registrada la sucursal a través del sistema de interconexión de registros”.

*documentos e información* –refiriéndose la norma a los del artículo 14- *se publiquen en el boletín nacional designado a tal efecto, o por medios igualmente efectivos*”. Y ese medio “igualmente efectivo” es la plataforma electrónica central, tal y como apunta a continuación la norma: “*Dichos medios implicarán, al menos, el uso de un sistema mediante el cual se pueda acceder a los documentos y la información publicada por orden cronológico a través de una plataforma electrónica central*”. Así, la publicidad en cualquiera de ambos soportes (boletín o plataforma) produciría efectos jurídicos (oponibilidad). Ello significa que cuando nuestro país incorpore la plataforma, la publicación en el BORME dejará –si así lo decide el legislador- de ser necesaria a efectos de oponibilidad, ya que la publicidad produciría efectos desde su publicación en la plataforma electrónica central.<sup>21</sup> Parece oportuno abogar porque esta sea la línea que nuestro legislador acoja cuando transponga la Directiva, dada la carga (excesiva) que la doble publicación en el BORME y en el Registro mercantil soportan hoy las empresas en España.<sup>22</sup>

Por último, como decíamos, también el coste de la publicidad registral se ha visto modificado. Por un lado, se ha incorporado el principio del “coste administrativo” como referencia del precio máximo que el Registro puede cobrar por emitir una copia de la documentación e información mencionada en el artículo 14 (ya sea en papel o en formato electrónico), si bien ese coste administrativo incluirá el coste de desarrollo y mantenimiento de los Registros (apartado 2º del art. 16 *bis*, art. 13 *quinquies* y art. 19.1). Dichas copias, además, tendrán –salvo que el solicitante renuncie a ello- el carácter de certificadas (apartado 3º del art. 16 *bis*). Por otro lado, se ha incrementado la información accesible de forma gratuita a través del SIRM, que pasará a incluir, entre otros datos, la identidad de las personas facultadas para representar a la sociedad frente a terceros, como órgano o como miembro del órgano de administración [art. 19. 2, g)].

---

<sup>21</sup> Como correctamente se ha apuntado: LUCINI, A., “La nueva Directiva sobre utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades”, *El notario del siglo XXI*, núm. 86, julio-agosto 2019, p. 46: “La exigencia de una publicación adicional a la del Registro mercantil pasa a ser postestativa para los Estados miembros. En caso de que la exijan, la información deberá ser transmitida electrónicamente por el Registro, sin que quepa imponer una nueva presentación (art. 16.3)”.

<sup>22</sup> De acuerdo: LUCINI, A., “La nueva Directiva sobre utilización de herramientas y procesos digitales...”, cit., p. 46.

## 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DIRECTIVA

El ámbito de aplicación de la Directiva se extiende a *todas* las sociedades de capital (las de los anexos de la Directiva 1127/1132 consolidada de sociedades), tal y como indica el artículo 13.

Sin embargo, el ámbito subjetivo del procedimiento de constitución íntegramente en línea exige hacer alguna consideración adicional. En este caso, los Estados miembros podrán excluir de este procedimiento a todas aquellas sociedades que no sean las del (nuevo) anexo II bis (anexo referido a las “sociedades de responsabilidad limitada”). La redacción del precepto (art. 13 *octies* 1º párrafo 2º), algo confusa por estar construida sobre enunciaciones negativas -bastante habituales en el lenguaje del legislador europeo- dice: “*No obstante, los Estados miembros podrán decidir no ofrecer procedimientos de constitución en línea para otros tipos de sociedades que no sean los enumerados en el anexo II BIS*”. Ello, en definitiva, significa que todos los Estados miembros tendrán a su disposición una cláusula de exención (*opting-out*) que deja en manos del legislador nacional la decisión de política jurídica de expresamente eximir a los tipos sociales cuya constitución presenta especial “complejidad” (anónimas y comanditarias por acciones, cfr. Considerando 15) de la aplicación del sistema de constitución en línea.

Desde el derecho comparado, la doctrina alemana que es la que más se ha ocupado de esta cuestión, viene abogando porque su legislador nacional se acoja a esta exención.<sup>23</sup> Parece razonable proponer que el legislador español se decante en la línea referida.

Cabe también indicar que los Estados miembros podrán excluir también a las sociedades limitadas cuyo capital se suscriba mediante aportaciones no dinerarias [art. 13 *octies*. 4º, d)]

---

<sup>23</sup> Por todos, vid.: TEICHMANN, C., “Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften”, ZIP, núm. 51-52, 2018, p. 2452 y 2453.

### 3. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LOS “PROCEDIMIENTOS EN LÍNEA” INCORPORADOS A LA DIRECTIVA

Los procedimientos en línea que incorpora la Directiva obedecen a los siguientes tres principios: (i) imperatividad, (2) neutralidad tecnológica y (3) respeto a las tradiciones jurídicas de cada Estado miembro.

#### 3.1. Imperatividad

La digitalización o, más correctamente, los procedimientos en línea, son de carácter imperativo, esto es, desde la aprobación de la Directiva existe un mandato de regulación impartido por el legislador europeo a los distintos Estados miembros de prever las reformas e incorporaciones necesarias en sus derechos nacionales respectivos para permitir a las sociedades de capital el acceso a los procedimientos digitalizados (con los matices que ya hemos adelantado respecto del ámbito subjetivo de la constitución íntegramente en línea).

Sin embargo, imperatividad (esto es, el mandato de regulación que obliga a facilitar a cada legislador nacional los procedimientos en línea) no significa que los procedimientos “tradicionales” (en papel) queden excluidos o eliminados. La digitalización por tanto no es exclusiva o, si se quiere -mejor- no es excluyente: no es exclusiva porque no será la única vía de acceso al Registro mercantil (ya sea respecto de la constitución o respecto del resto del ciclo vital de las sociedades); o, si se quiere, no es excluyente de los medios o procedimientos tradicionales, que *en principio*, seguirán vigentes y surtirán los mismos efectos jurídicos. Como advierte el Considerando 8: “*La presente Directiva no debe obligar a las sociedades a utilizar tales procedimientos*”. Ahora bien, esa afirmación debe conjugarse con la excepción que, justo a continuación, contiene el mismo Considerando: “*Los Estados Miembros deben, no obstante, poder decidir que algunos procedimientos en línea, o todos ellos, sean obligatorios*”. Por lo tanto, en principio, salvo que nuestro legislador nacional imponga algunos de los procedimientos en línea o todos ellos como el único procedimiento posible –y obligatorio– a esos efectos, las sociedades que tipológicamente queden subsumidas en este régimen de los procedimientos digitalizados no están obligadas a recurrir a ellos.

En coherencia con lo anterior, el artículo 16 *undecies* prevé expresamente en su apartado 5º que “*Los Estados miembros podrán seguir permitiendo otras formas de presentación que no sean las mencionadas en el apartado 1, incluso por medios electrónicos o en papel, por parte de sociedades, notarios u otras personas u organismos habilitados en virtud del Derecho nacional para tratar esas formas*

*de presentación*”. La digitalización, por tanto, es una opción –mejor dicho, un procedimiento opcional- que el derecho nacional debe garantizar a las sociedades de capital; pero que (salvo decisión expresa del legislador en sentido distinto) no puede imponerse como único o excluyente de otros medios de presentación.

Creemos que el legislador español no debería imponer los procedimientos digitalizados como única opción (exclusiva y excluyente) de acceso al Registro mercantil. Los procedimientos digitalizados son, en definitiva, una “herramienta” a disposición de las sociedades, que deberían poder recurrir a ella sólo si así lo desean.

### **3.2. Neutralidad tecnológica**

La digitalización que acoge la Directiva -y así ya lo expresó el ICLEG en su Informe<sup>24</sup>- debe respetar el principio de neutralidad tecnológica. Ciertamente es que la Directiva habla en sus considerandos de la videoconferencia cuando se refiere a los medios complementarios para acreditar la identidad de un sujeto (ya volveremos a esta cuestión), pero no impone ningún medio ni audiovisual ni biométrico específico para la constatación de la identificación electrónica de los fundadores (en el caso de la constitución) o de los solicitantes (en los demás supuestos).

Esta idea (neutralidad tecnológica) ya la encontramos antes en el texto y considerandos del Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 (Reglamento eIDAS) relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

### **3.3. Respeto a las tradicionales legislativas de los EEMM (neutralidad jurídica)**

La Directiva reconoce de forma expresa el respeto a los sistemas de control de legalidad vigentes en determinados países de Europa o lo que se ha llamado, correctamente, principio de “neutralidad jurídica” (con el consabido límite de la presencia física)<sup>25</sup>. Así, se alude a la necesidad de “*respetar las tradiciones de los Estados miembros*”, dándoles “*flexibilidad en la forma de facilitar un sistema íntegramente en línea*”, mencionándose incluso de forma expresa la

---

<sup>24</sup> V. Informe del ICLEG sobre Digitalización del Derecho de Sociedades, Recomendación segunda.

<sup>25</sup> Así: LUCINI, A., “La nueva Directiva sobre utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades”, *El notario del siglo XXI*, núm. 86, julio-agosto 2019, p. 43.

*“función de los notarios y abogados en cualquier fase de esos procedimientos en línea”* (Considerando 19).

En coherencia con este criterio de política jurídica, el artículo 13 *quater* (dedicado a las “Disposiciones generales sobre procedimientos en línea”) plasma en su apartado primero el principio de respeto a *“los sistemas y tradiciones jurídicas”* de cada Estado miembro para designar a personas u organismos que se encarguen o participen en *“cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, el registro en línea de sucursales y la presentación en línea de documentos e información”*, aludiendo incluso expresamente al respeto a los *“procedimientos jurídicos para el otorgamiento de los instrumentos de constitución”* (art. 13 *quater* 2º) y advirtiendo que en ningún caso se verán afectados por la Directiva los *“requisitos en virtud del Derecho nacional aplicable en relación con la autenticidad, exactitud, fiabilidad y credibilidad y la forma jurídica adecuada de los documentos o información que se presenten”* (art. 13 *quater* 3º).

De este modo, el control notarial de legalidad existente en nuestro país (y en tantos otros europeos que siguen el sistema de notariado latino o romano-germánico) no se rechaza ni se pone en cuestión por la Directiva. Lo que la Directiva pone en cuestión – como veremos a continuación en el siguiente epígrafe de este trabajo- es el modo o la forma en que ese control notarial se ha venido haciendo hasta ahora, ya que la Directiva prohíbe que se siga exigiendo la comparecencia física del otorgante de la escritura.

#### **IV. LA CONSTITUCIÓN INTEGRAMENTE EN LÍNEA**

El procedimiento de constitución íntegramente en línea se encuentra recogido, sustancialmente, en el artículo 13 *octies*, que a su vez se ve complementado por otras normas sobre identificación electrónica del fundador (art. 13 *ter*), modelos (formularios) para la constitución (art. 13 *nonies*), desembolso del capital en línea (art. 13 *sexies*) e inhabilitación de administradores (art. 13 *decies*) a las que haremos referencia.

De una interpretación sistemática de los citados artículos, creemos colegir que el procedimiento diseñado en la Directiva obedece a cinco principios: (1) Principio de tramitación íntegramente en línea; (2) Principio de armonización mínima; (3) Principio de simplificación del procedimiento de constitución; (4) Principio de celeridad y (5) Principio de información suficiente y accesible a los fundadores. La explicación del procedimiento en torno a estos cinco principios nos permitirá ofrecer una aproximación más sistematizada a su contenido.



## 1. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL SISTEMA DE CONSTITUCIÓN EN LÍNEA

### 1.1. Principio de tramitación íntegramente en línea

#### 1.1.1. *Significado: la prohibición de comparecencia física ante ninguna autoridad*

El precepto central de la Directiva de digitalización es el artículo 13 *octies*.<sup>26</sup> Se trata sin embargo de una norma que, como ya hemos adelantado, no es “original”, sino que retoma la idea informadora de la Propuesta de Directiva SUP (concretamente, de su art. 14.3º).<sup>27</sup>, si bien se aparta en muchos aspectos de aquella. La Directiva se focaliza solamente en uno de los aspectos de política jurídica que informaban aquella Propuesta SUP: la constitución en íntegramente en línea, renunciando a crear un “sub-tipo” de sociedad de responsabilidad limitada que sirviese como pretexto para incorporar al Derecho europeo diversas y controvertidas instituciones (que fueron la causa del fracaso de aquel ambicioso proyecto de la Comisión). Recordemos que, además de la fundación puramente electrónica, la Propuesta de Directiva SUP inicialmente preveía, entre otras instituciones: (i) un capital fundacional mínimo de un euro, (ii) modelos de escritura de constitución y registro con un contenido armonizado y cuyo uso eximía de la escritura pública, (iii) un régimen para las instrucciones intra-grupo, (iv) incorporaba un test de solvencia en el ámbito de las distribuciones, (v) e imponía la teoría de la sede real frente a la teoría de la incorporación.<sup>28</sup> Aquella figura, calificada por la doctrina como “caballo de Troya”, probablemente fue víctima de su excesiva ambición y, por qué no decirlo, quizá también de una desenfocada

---

<sup>26</sup> En la Propuesta de la Comisión de 25 de abril de 2018 se correspondía con el artículo 13 *septies*.

<sup>27</sup> El artículo 14.3º de la Propuesta SUP del Consejo, de 29 de mayo de 2015, decía: “*Los Estados miembros velarán por que el procedimiento de registro para las SUP establecidas ex nihilo pueda ser cumplimentado por vía electrónica en su totalidad, sin que sea necesario que el socio fundador comparezca ante una autoridad del Estado miembro de registro (registro en línea). Además, los Estados miembros podrán permitir que las SUP se registren por medios distintos del registro en línea*”.

<sup>28</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “La propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): las cuestiones más polémicas”, en *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2015 (nº 60), p. 148 y ss. (<http://www.elnotario.es>); y más recientemente: “La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, en *AAMN*, 2015, p. 105 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L., “De la *Societas Privata Europaea* a la *Societas Unius Personae* en las Propuestas Europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, p. 327 y ss.; VIERA GONZÁLEZ, J./TEICHMANN, C., (dirs.) *Private companies in Europe. The societas unius personae (SUP) and recent developments in the EU Member States*, Cizur Menor, 2016; FUENTES NAHARRO, M., “Aproximación al test de solvencia recogido en la propuesta de directiva sobre la Societas Unius Personae (SUP)”, *Derecho de sociedades y de los mercados financieros* (coord. I.Fernández/J.Arias/J.Martínez), 2018, p. 331 y ss.

aproximación: la de crear un “sub-tipo” de sociedad limitada desde el cual modificar muchas de las grandes instituciones del Derecho europeo de sociedades de capital.

Acertadamente, la Directiva de digitalización es menos ambiciosa y se focaliza esencialmente en imponer a *todos* los Estados miembros el mandato regulatorio de incorporar herramientas que permitan un procedimiento de constitución.<sup>29</sup> de sociedades de capital que sea rápido y puramente o íntegramente en línea (art. 13 *octies* 1º).

La principal novedad que la Directiva traerá a nuestro derecho positivo, que como ya decíamos contiene desde hace años un régimen para la constitución telemática de sociedades ilimitadas, radica en que a partir de su transposición el fundador (o su representante) no tendrá, mejor dicho, no podrá ser obligado por los derechos nacionales a comparecer físicamente ante ninguna autoridad del Estado miembro donde vaya a constituir esa sociedad. Esta idea queda reflejada en el apartado primero del artículo 13 *octies*: “*Los Estados miembros se asegurarán de que la constitución en línea de sociedades pueda llevarse a cabo íntegramente en línea sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad, a reserva de lo dispuesto en el artículo 13 ter, apartado 4, y en el apartado 8 del presente artículo*”.

En este procedimiento íntegramente en línea, la identidad del fundador(es) - solicitantes, dice el texto<sup>30</sup>- deberá constatarse de la misma forma, puesto que la comparecencia física queda vetada. Para asegurar este fin, el artículo 13 *ter* establece en su apartado primero que: “*Los Estados miembros velarán por que los siguientes medios de identificación electrónica puedan ser utilizados por los solicitantes que sean ciudadanos de la Unión en los procedimientos en línea contemplados en el presente capítulo: a) los medios de identificación electrónica expedidos por un sistema de identificación electrónica aprobado por el propio Estado Miembro; b) los medios de identificación*

---

<sup>29</sup> “Formation” dice la versión inglesa del texto, que en español se ha traducido como “constitución” y abarca “*todo el proceso de fundación de una sociedad con arreglo al Derecho nacional, incluidos el otorgamiento de la escritura de constitución y todas las fases necesarias para la inscripción de la sociedad en el registro*”, cfr. art. 13 bis, 4.

<sup>30</sup> Identificación que será necesaria no sólo respecto de los socios fundadores, sino también de los administradores de la sociedad (que no tengan esa condición de socio fundador): ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes...”, cit., p. 158.

*electrónica expedidos en otro Estado Miembro y reconocidos a efectos de la autenticación transfronteriza de conformidad con el artículo 6 del Reglamento (UE) nº 910/2014”* (esto es, del Reglamento IDAS).

Este importante precepto impone así el principio de reconocimiento mutuo entre los distintos Estados miembros de los medios de identificación electrónica reconocidos por cada uno de ellos a los efectos de la constatación de aquella identidad.

Probablemente, esta ha sido, si no la más, una de las cuestiones más delicadas y controvertidas del proceso de negociación de esta Directiva. A nadie se le puede escapar que la garantía de la identidad del solicitante es crucial y que no todos los países observan los mismos estándares de exigibilidad a este respecto. De hecho, la negociación de este precepto -de la versión del mismo que propuso la Comisión inicialmente- en el seno del Consejo Europeo suscitó importantes controversias. Su inicial redacción no satisfacía las expectativas de seguridad de aquellos países que, como España, aplicaban un estricto control de legalidad *ex ante* en todos los procesos constitutivos de sociedades y temían que, a la luz de una previsión originalmente contenida en la propuesta de la Comisión<sup>31</sup>, tuviesen que asumir otros medios de identificación más laxos autorizados por algunos Estados miembros. Tras arduas negociaciones, como decíamos, se lograron dos importantes objetivos que han eliminado las iniciales reticencias de algunos países como España. Por un lado, la posibilidad de denegación de reconocimiento de medios de identificación electrónica que no cumplan con el estándar del artículo 6.1 del Reglamento IDAS<sup>32</sup>. Por otro lado, se ha reconocido a los legisladores nacionales -si bien, en el Considerando 22, y no expresamente en el texto de la Directiva<sup>33</sup>- la posibilidad de

---

<sup>31</sup> La Propuesta inicial preveía en el apartado segundo del (entonces) artículo 13.b (numeración que tenía en la versión inglesa): que “*Los Estados miembros podrá renocer otros medios de identificación electrónica distintos a los referidos en el apartado 1º*”.

<sup>32</sup> Como ya hemos indicado anteriormente, el carácter de este trabajo -que recoge en esencial la conferencia impartida en su día- no nos permite hacer una comparativa detallada sobre la evolución del texto, desde su propuesta inicial por la Comisión el 25 de abril de 2018 hasta el texto de compromiso que surgió de la primera lectura del Parlamento. Sin embargo, puede verse una excelente explicación del *iter* pre-legislativo de este y el resto de preceptos en ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: the Practitioner’s Perspective”, ECFR, 2019, p. 149 y ss, y en especial, 158 y siguientes en lo que se refiere a la identificación electrónica.

<sup>33</sup> Crítico: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes”, cit., p. 165 y 166.

establecer controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, mediante videoconferencia u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real<sup>34</sup>. Ello, como acertadamente se ha señalado, es coherente con los objetivos generales de la Unión Europea en cuanto a la prevención del blanqueo de capitales, seguridad en las transacciones, impidiendo el robo de identidad y un uso seguro de internet<sup>35</sup>.

Igualmente, en coherencia con este procedimiento íntegramente en línea, aunque el texto no excluye las aportaciones no dinerarias<sup>36</sup>, cuando la constitución se haga con aportaciones dinerarias, estas deberán poder ser desembolsadas también por medios electrónicos en una entidad de servicios de pago de la Unión Europea (art. 13 *sexies*)<sup>37</sup>.

Así, a la vista de lo expuesto, se puede afirmar que el procedimiento en línea que incorpora la Directiva se define o dota de contenido desde una premisa prohibitiva que está dirigida a determinados Estados miembros: aquellos que siguen el sistema notarial latino o románico-germánico (Alemania, Austria, España etc.). Se trata por tanto de un procedimiento que choca con nuestro sistema notarial vigente, donde se exige que el otorgante de la escritura comparezca en persona y haga la correspondiente declaración de voluntad (libre) ante el notario, quien no solo tendrá que constatar su identidad, sino también su capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate y, en su caso, la validez de su poder de representación (véanse los arts. 156 y ss. del Reglamento

---

<sup>34</sup> El Considerando 22 dice: “*Los Estados miembros también deben poder permitir a sus autoridades, personas u organismos competentes, comprobar, mediante controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, si se cumplen todas las condiciones para la constitución de una sociedad. Dichos controles pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real*”.

<sup>35</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes”, cit., p. 166.

<sup>36</sup> Recuérdese, no obstante, que ello permite al Estado Miembro excluir estos supuestos de los procedimientos digitalizados: cfr. artículo 13 *octies*, 3º, d).

<sup>37</sup> El artículo 14 *sexies* establece que cuando sea necesario desembolsar (la Directiva habla de “pago”) aportaciones dinerarias “*los Estados Miembros velarán porque ese pago pueda efectuarse por medio de un servicio de pago en línea ampliamente disponible que pueda utilizarse para pagos transfronterizos, que permita la identificación de la persona que haya efectuado el pago y que sea proporcionado por una entidad financiera o por un prestador de servicios de pago establecido en un Estado Miembro*”.

notarial sobre comparecencia y capacidad de los otorgantes y art. 17, 17 bis y concordantes de la Ley del Notariado).

### ***1.1.2. Las excepciones a la prohibición de comparecencia física***

Aunque el artículo 13 *octies* se construye en torno al principio prohibitivo de la comparecencia física para garantizar la “integridad” del procedimiento en línea, contiene tres importantes excepciones que permiten relativizar –en alguna medida- el rigor de aquella prohibición.<sup>38</sup> Estas excepciones se configuran como una suerte de cláusula anti-abuso o anti-fraude que está enunciada en la última frase del apartado 1º del artículo 13 *octies* (“... a reserva de lo dispuesto en el artículo 13 *ter*, apartado 4, y en el apartado 8 del presente artículo”), pero cuyo contenido se encuentra repartido entre (i) el apartado 4º del artículo 13 *ter*, dedicado a evitar el abuso de la identidad electrónica, y (ii) el apartado 8º del mismo artículo 13 *octies*, que se centra en la irregularidad o falta de capacidad y/o del poder de representación.

La norma –las normas, recordemos que están en dos preceptos distintos- exigen, además, un fundamento adicional: la “razón de interés público”, que deberá vincularse a los tres supuestos de fraude o, cuando menos, de irregularidad en el control de legalidad sobre la identidad, la capacidad y el poder de representación en el proceso constitutivo. Así, el artículo 13 *ter* 4º dice: “*Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, los Estados miembros podrán, a los efectos de comprobar la identidad de un solicitante, adoptar medidas que requieran la presencia física de ese solicitante ante cualquier autoridad (...)*”. De forma similar, el artículo 13 *octies* 8º establece “*Cuando se justifique por razón de interés público en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica [que deberá entenderse que incluye la capacidad de obrar] y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad, cualquier autoridad (...) para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de una sociedad, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución, podrá solicitar la presencia física del solicitante*”.

Importante es reseñar también que la Directiva , a diferencia de la Propuesta inicial de la Comisión, hace extensible estas excepciones no sólo al procedimiento de constitución

---

<sup>38</sup> Dos de estas excepciones, las relativas a la capacidad jurídica y al poder de representación no estaban previstas en la Propuesta inicial de la Comisión y han sido resultado de la negociación del texto en el Consejo.

íntegramente en línea, sino a *todos* los procedimientos en línea<sup>39</sup>. De ahí que el artículo 13 *undecies* 1º segundo párr.<sup>40</sup> haga referencia ahora a las excepciones a la comparecencia física previstas en los artículos 13 *ter* 4º y 13 *octies* 8º.

Ahora bien, la Directiva insiste en el carácter absolutamente excepcional de esa comparecencia física, exigiendo que cada supuesto se valore de forma individualizada. Así se hace constar expresamente tanto en el Considerando 21 (“...*tal presencia física no debe exigirse sistemáticamente, sino solo caso por caso cuando existan motivos para sospechar una falsificación de identidad o un incumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad*”). como el texto de la Directiva, cuando exige de forma inequívoca que esta excepción sólo se pueden invocar “*caso por caso cuando existan razones para sospechar de una falsificación de identidad*” (cfr. art. 13 *ter*. 4º) o “*caso por caso cuando existan motivos para sospechar que se han incumplido las normas contempladas en el apartado 3, letra a)*” (cfr. art. 13 *octies* 8º).

Surgen dudas sobre cómo los notarios, en la práctica, podrán identificar supuestos de “fraude” o “irregularidad” como los descritos que le permitan requerir – justificadamente, recordemos que se exigen “*razones de interés público*”- la presencia física del solicitante. El Considerando 21 arroja alguna luz al respecto al advertir que la “sospecha” que justifique la exigencia de comparecencia física debe “*basarse en información de que dispongan las autoridades....para efectuar dichos tipos de controles*”. Parece que el notario, siendo la autoridad nacional para efectuar dicho control, tendría que actuar basándose en su propia información. Para ello, sería oportuno que España haga uso de la habilitación que se le concede para permitir a los notarios llevar a cabo una identificación más rigurosa a través

---

<sup>39</sup> El Considerando 21 es muy explícito en este sentido: “*Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, o en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad, los Estados miembros deben poder adoptar medidas, de conformidad con el Derecho nacional, que podrían exigir la presencia física del solicitante o de cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea, del Estado miembro en el que la sociedad vaya a constituirse o una sucursal vaya a registrarse*”.

<sup>40</sup> “*Los Estados miembros velarán porque dicha presentación pueda completarse íntegramente en línea, sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar la presentación en línea, a reserva de lo dispuesto en el artículo 13 *ter*, apartado 4, y, en su caso, el artículo 13 *octies*, apartado 8*”.

de medios adicionales como la videoconferencia<sup>41</sup>. Tampoco estaría de más que algún organismo de la Administración (el SEPBLAC, por ejemplo) ofreciese algunos indicadores o indicios que permitan al notario actuar con mayor certeza dentro de esa cláusula general de “razones de interés público”.

## 2. Principio de armonización mínima

La Directiva de digitalización también obedece a un segundo principio, el de armonización mínima. El texto que nos ocupa apenas prevé régimen sustantivo para este procedimiento de constitución, que queda remitido en su conjunto al Derecho nacional de cada Estado miembro. Decimos “apenas” porque la Directiva sí contiene dos elementos de régimen mínimo armonizador: (i) una prohibición expresa y (ii) un mandato regulatorio, que sí inciden sobre el régimen sustantivo que el derecho nacional deberá dar a los procedimientos de constitución en línea.

La prohibición a que nos referimos se contiene en el apartado 5º del artículo 13 *octies*, e impide a los Estados miembros supeditar “*la constitución en línea de una sociedad a la obtención previa de una licencia o autorización, a menos que esa condición sea indispensable para la supervisión adecuada, establecida en Derecho nacional, de determinadas actividades*”. De nuevo, esta prohibición se encuentra ya recogida en términos casi idénticos en el texto de la Propuesta SUP [art. 14.a)]<sup>42</sup>. Con ella se pretende acelerar el procedimiento constitutivo sin menoscabar la supervisión de la Administración, que deberá ser de carácter “indispensable”.

El mandato regulatorio o de regulación dirigido a los Estados miembros se recoge en el apartado 3º del artículo 13 *octies*, y en su virtud es probable que algunos Estados se vean obligados a elevar sus actuales estándares de exigencia en el control sobre el proceso

---

<sup>41</sup> TEICHMANN, C., “Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften cit., p. 2455; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes”, cit., p. 165.

<sup>42</sup> Artículo 14.a) 3º de la Propuesta SUP (Texto del Consejo de 29.05.2015): “*Member States shall not make the registration of an SUP conditional on obtaining any licence or authorisation, unless obtaining such licence or authorisation before registration is indispensable to the proper control of carrying out certain activities laid down in national law. This is without prejudice to provisions of national law that make carrying out certain activities after registration conditional on obtaining licence or authorisation*”.

constitutivo.<sup>43</sup> El legislador comunitario exige a los Estados miembros que incluyan en sus derechos nacionales normas que deberán garantizar el control: (1) sobre la identidad, sobre la capacidad jurídica y el poder de representación del involucrado en el procedimiento; (2) sobre los procedimientos para comprobar la legalidad del objeto y de la denominación social de la sociedad “*en la medida en que dichos controles estén previstos en Derecho nacional*”; (3) así como los procedimientos para comprobar el nombramiento de los administradores, aspecto éste que nos remite a la algo controvertida disposición sobre administradores inhabilitados contenida en el artículo 13 *decies*).

Sin poder detenernos ahora en el análisis de este último precepto, sí queremos dejar apuntado que con él se ha vuelto a retomar la iniciativa –ya contenida en la Propuesta SUP<sup>44</sup>– que pretende que la información sobre administradores inhabilitados en otros países de la Unión sea accesible para los Estados miembros que lo requieran. Para ello obliga a todos los Estados a garantizar “*que están en condiciones de responder a una solicitud de otro Estado miembro de información pertinente a efectos de inhabilitación de administradores con arreglo al Derecho del Estado miembro que responda a la solicitud*” (art. 13 *decies*. 3º). Igualmente, la Directiva prevé que los Estados miembros puedan tener en cuenta esa información para, si así lo desean, impedir en sus países el acceso al cargo de un administrador que ha sido inhabilitado en otro Estado miembro: “*Los Estados miembros podrán denegar el nombramiento de una persona como administrador de una sociedad cuando esa persona se encuentre inhabilitada para el ejercicio de la función de administrador en otro Estado miembro*” (art. 13 *decies* 2º). La idea de política jurídica que se persigue está expresada en el Considerando 23 y busca “*garantizar la protección de todas las personas que interactúan con las sociedades, los Estados miembros deben poder prevenir comportamientos fraudulentos u otros comportamientos abusivos denegando el nombramiento de una persona*”

---

<sup>43</sup> TEICHMANN, C., “Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften“, p. 2455.

<sup>44</sup> Véase artículo 22 del texto aprobado como “orientación general”, por el Consejo (de Competitividad) el 28 de mayo de 2015 (Doc. 9050/15 DRS 41 CODEC 751, de 29 de mayo de 2015, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9050-2015-INIT/es/pdf>) en virtud del cual ya se preveía que: “*Un Estado miembro podrá negarse a aceptar que una persona ejerza como administrador o miembro de un órgano de supervisión, en caso de que haya sido inhabilitada por ley o resolución judicial o administrativa aún vigente en otro Estado miembro. Si fuera necesario, y a efectos del primer párrafo, los Estados miembros podrán intercambiar información en relación con la resolución de inhabilitación. Para ello los Estados miembros recurrirán al Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) establecido en el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 y se aplicará el presente Reglamento al intercambio de información*”.



*como administrador de una sociedad, teniendo en cuenta la conducta anterior de dicha persona en su propio territorio, pero también, cuando así se establezca en virtud del Derecho nacional, información que faciliten otros Estados miembros*”<sup>45</sup>.

### 2.3. Principio de simplificación del procedimiento de constitución

El tercer principio que informa el procedimiento de constitución íntegramente en línea es el de simplificación del proceso. A esos fines se impone a los Estados miembros el deber de introducir “modelos para la constitución en línea” (en nuestro caso, tanto de escritura de constitución como de estatutos) a disposición de los fundadores (Considerando 18)<sup>46</sup>. Estos modelos o formularios (*templates*), están regulados en el artículo 13 *nonies* y, de nuevo, no son una institución original -como es sabido, el uso de modelos es sobradamente conocido en nuestro Derecho en el ámbito de la constitución en línea de sociedades de responsabilidad limitada- y la Comisión Europea ya los había convertido previamente, aunque con diferencias de régimen notorias respecto de los actuales, en uno de los pilares esenciales de la constitución en línea de las SUP<sup>47</sup>.

---

45 Sigue el mismo Considerando diciendo: “*Por consiguiente, los Estados miembros deben poder solicitar información a otros Estados miembros. La respuesta podría consistir en información sobre una inhabilitación vigente o en otra información pertinente a efectos de inhabilitación en el Estado miembro que haya recibido la solicitud. Dichas solicitudes de información deben poder formularse a través del sistema de interconexión de registros. A ese respecto, los Estados miembros deben poder elegir la mejor manera de recabar tal información, por ejemplo, reuniendo información pertinente de registros u otros lugares en que se almacene de conformidad con su Derecho nacional o creando registros específicos o secciones específicas en los registros mercantiles. Cuando se necesite información adicional, por ejemplo, sobre el período y los motivos de inhabilitación, los Estados miembros han de poder facilitarla a través de todos los sistemas de intercambio de información disponibles, con arreglo al Derecho nacional. Sin embargo, la presente Directiva no debe crear una obligación de solicitar tal información en todos los casos. Por otra parte, poder tener en cuenta información sobre la inhabilitación en otro Estado miembro no debe obligar a los Estados miembros a reconocer las inhabilitaciones vigentes de otros Estados miembros*”.

46 “*Con el fin de ayudar a las empresas, en particular las pymes a establecerse, se ha de poder constituir una sociedad de responsabilidad limitada haciendo uso de modelos que deben estar disponibles en línea. Los Estados miembros deben garantizar que esos modelos se utilicen para la constitución en línea, y deben seguir teniendo la facultad para determinar su valor jurídico. Esos modelos podrían contener un conjunto de opciones predeterminado, de conformidad con el Derecho nacional. Los solicitantes deben tener la posibilidad de escoger entre utilizar modelos o constituir una sociedad con una escritura de constitución ad hoc, y los Estados miembros deben tener la opción de proporcionar modelos también para otros tipos de sociedades*”.

47 Véanse las reflexiones críticas sobre la concepción y significado jurídico de aquellos modelos o templates (previstos en el art. 11 de la Propuesta SUP del Consejo): ESTEBAN VELASCO, G., La Propuesta de Directiva sobre la “*Societas Unius Personae*” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, cit., p. 105 y ss; en sentido similar: GALÁN LÓPEZ, C., “La informatización de las sociedades: la constitución de la “*societas unius personae*” y la problemática que suscita”, cit., p. 341 y ss.

Los modelos que observa la Directiva de digitalización son de previsión obligatoria para todos los Estados miembros (*“Los Estados miembros facilitarán modelos...”* cfr. art. 13 *nonies* 1º) cuando se trate de constituir sociedades de responsabilidad limitada, y de previsión facultativa para la constitución de otros tipos sociales. Deberán ser facilitados a través de portales o sitios web accesibles a través de la denominada *“pasarela digital única”*. Además, deberán facilitarse estos modelos en una lengua oficial de la Unión *“ampliamente comprendida por el mayor número posible de usuarios transfronterizos”*<sup>48</sup>, si bien, ello tendrá un valor exclusivamente informativo cuando esta lengua sea distinta a la oficial del Estado miembro, salvo que el legislador nacional decidiese lo contrario, esto es, que se pueda constituir una sociedad empleando modelos en esas otras lenguas (art. 13 *nonies* 3º)<sup>49</sup>.

Aunque la previsión de los modelos es un deber para los Estados miembros, su uso es facultativo para los fundadores (solicitantes)<sup>50</sup>, tal y como se desprende de la dicción literal de la norma [cfr. art. 13 *nonies* 2º: *“Los Estados miembros velarán por que los modelos a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puedan ser utilizados por los solicitantes como parte del procedimiento de constitución en línea a que se refiere el artículo 13 octies. Cuando dichos modelos sean utilizados por los solicitantes (...)”*].

Es importante señalar, no obstante, que la utilización de los modelos no exime del deber de otorgar escritura pública cuando el Derecho nacional así lo exija como requisito de forma: *“La presente Directiva no afectará a ningún requisito en virtud del Derecho nacional de otorgar las escrituras de constitución en debida forma, mientras siga siendo posible la constitución en línea a que se refiere el artículo 13 octies”* (art. 13 *nonies* 2º, segundo párrafo). Esta previsión, que no contenía la Propuesta de digitalización publicada por la Comisión de 25 de abril de 2018, refleja y

---

<sup>48</sup> Circunloquio que podría haberse evitado recurriendo expresamente a la lengua inglesa: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Ditigal Tools and Processes”, cit., pp. 171 y 172.

<sup>49</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Ditigal Tools and Processes”, cit., p. 172, valora positivamente esta opción, considerándola una ventaja competitiva.

<sup>50</sup> Considerando 18: *“(…) Los solicitantes deben tener la posibilidad de escoger entre utilizar modelos o constituir una sociedad con una escritura de constitución ad hoc, y los Estados miembros deben tener la opción de proporcionar modelos también para otros tipos de sociedades”*.

resuelve -correctamente- el controvertido significado y efectos jurídicos que venían siendo atribuido a estos modelos desde su precedente, la Propuesta SUP.<sup>51</sup>

## 2.4. Principio de celeridad

El principio de celeridad –cuyas “bondades” han sido acertadamente puestas en tela de juicio.<sup>52</sup>– también informa la Directiva y se vincula al uso de los modelos. El recurso a los mismos acortaría el plazo del proceso a 5 días laborables si se usan modelos (y los fundadores son personas físicas), o a 10 días laborables en los demás casos (art. 13 *octies* ap. 7º).<sup>53</sup> No obstante, estos plazos podrán prorrogarse cuando existan dudas sobre la legalidad de la denominación de la sociedad, la inhabilitación de un administrador, el cumplimiento de algún otro requisito o, incluso, en casos de sospecha de fraude o abuso, debiendo notificarse al solicitante los motivos del retraso (cfr. Considerando 16).<sup>54</sup>

## 2.5. Principio de información suficiente y accesible al fundador

El quinto y último principio que informa el texto de la Directiva es el de información suficiente y accesible al fundador que incorpora el artículo 13 *septies*. Este principio se materializa en la imposición a los Estados miembros del deber de publicar una

---

<sup>51</sup> Muy sucintamente, entre otras carencias en las que aquí no podemos entrar, el Proyecto SUP preveía que en caso de registro en línea de la SUP a través de los modelos nacionales, cuando estos modelos hubiesen sido aceptados por la autoridad del registro se consideraría cumplida la obligación impuesta en el artículo 11 de la Directiva 2009/101/CE de que la escritura de constitución conste en escritura pública (art. 11.2 PSUP). En consecuencia, la Propuesta SUP suprimía la exigencia de la escritura pública en la medida en que se siguiese el proceso de constitución en línea a través de los modelos nacionales de escritura y registro y estos fuesen admitidos por la autoridad del registro

<sup>52</sup> Entre otros: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes”, cit., en especial, p. 156 y ss.

<sup>53</sup> El plazo de diez días laborables es también impuesto en el caso de registro en línea de una sucursal (art. 28 *bis* 6º).

<sup>54</sup> “En los casos en que se hayan cumplido todas las formalidades requeridas para la constitución en línea de una sociedad, incluido el requisito de que la sociedad haya presentado todos los documentos y toda la información correctamente, la constitución en línea ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea debe ser rápido. No obstante, en caso de que surjan dudas sobre el cumplimiento de las formalidades necesarias, incluso sobre la identidad de un solicitante, la legalidad de la denominación de la sociedad, la inhabilitación de un administrador o el cumplimiento de requisitos jurídicos por parte de cualquier otra información o documento, o en casos de sospecha de fraude o abuso, la constitución en línea puede durar más tiempo y el plazo para las autoridades no debe iniciarse hasta que se hayan cumplido dichas formalidades. En cualquier caso, cuando no sea posible completar el procedimiento dentro de plazo, los Estados miembros deben velar por que se notifiquen al solicitante los motivos de cualquier retraso”.

especie de “compendio-resumen” sobre los aspectos más relevantes del: (1) régimen de constitución en línea sobre el tipo social en cuestión, (2) régimen sobre órganos, (3) sobre los requisitos relativos a la utilización de modelos y a otros documentos de constitución, (4) y sobre el procedimiento de registro de sucursales, etc. También la Propuesta SUP preveía una disposición similar.<sup>55</sup>.

Todo ello deberá estar accesible en los portales o sitios web de registro accesibles a través de la “pasarela digital única” creada por el Reglamento (UE) 2018/1724 (Considerando 9). Además, tanto los modelos como la información referida deberán estar disponibles gratuitamente y en una lengua ampliamente comprendida por el mayor número posible de usuarios transfronterizos, para ayudar a la constitución de sociedades y el registro de sucursales (presumiblemente, como decíamos, el inglés).

## **2. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES A PROPÓSITO DE LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA AL DERECHO ESPAÑOL**

La Directiva de digitalización gira en torno a un principio esencial, cual es el de prohibir a los Estados miembros imponer la comparecencia física del solicitante para cualquier tipo de procedimiento en línea (ya sea constitución de una sociedad, ya sea registro de una sucursal o cualquier otro acto llevado a cabo durante el denominado ciclo vital de la sociedad). Ello, como veíamos, choca con el sistema que rige en países como el nuestro donde, como por todos es sabido, el modelo de notariado latino o romano-germánico desarrolla un papel de asesoramiento jurídico y control de legalidad *ex ante* que requiere la presencia física del otorgante(s) para constatar, no sólo su identidad, sino también su capacidad jurídica, la validez del poder de representación con que en su caso actúa y la libre expresión de su voluntad.

---

<sup>55</sup> Este principio ya se encontraba recogido en la Propuesta SUP, cuyo artículo 12 (de la Propuesta del Consejo de 28 de mayo de 2016) imponía a los Estados miembros el deber de facilitar al fundador de una SUP, antes de proceder al registro en línea, una especie de “prontuario” o “compendio” de la legislación nacional aplicable, a modo de instrumento o guía de “información actualizada, clara, concisa y de fácil utilización”: v. ESTEBAN VELASCO, G., La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, cit., p. 105 y ss .

Debiendo nuestro notariado adaptarse a esta premisa prohibitiva impuesta por la Directiva, parece que será deseable, tal y como ya han apuntado diversas voces autorizadas, incorporar medios técnicos adicionales (estándares de exigibilidad más elevados, en definitiva) que permitan reforzar la identificación electrónica con estándares biométricos y/o con otros medios audiovisuales que permitan al notario constatar con mayores garantías que los otorgantes gozan de capacidad jurídica, poder válido de representación y de que en el acto expresan libre y conscientemente su voluntad negocial<sup>56</sup>.

En esta línea, el medio audiovisual que viene siendo apuntado desde hace ya tiempo<sup>57</sup> y del que la Directiva se hace eco es la videoconferencia. Y ello lo hace respetando el principio de neutralidad tecnológica, ya que deja abierto el recurso a cualquier otro sistema análogo: *“Los Estados miembros también deben poder permitir a sus autoridades, personas u organismos competentes, comprobar, mediante controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad, si se cumplen todas las condiciones para la constitución de una sociedad. Dichos controles pueden incluir, entre otros, videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real”* (cfr. Considerando 22)<sup>58</sup>.

Como se ha sugerido correctamente, a la hora de determinar el medio más adecuado de interacción con los otorgantes de la escritura parece que debiera tener peso el criterio del propio notario, en consonancia con la responsabilidad que este asume por los juicios que emite acerca de la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes, de la legalidad del negocio jurídico y de la prestación de un consentimiento libre e informado<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> BORMANN, J., “Die Digitaliserte GmbH”, ZGR, 2017, p. 641 y ss.; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes”, cit., p. 189.

<sup>57</sup> Que también fue introducido en los Considerandos, durante la fase final de la negociación del texto del Consejo (“orientación general”) de la SUP al que tantas veces nos hemos referido.

<sup>58</sup> Aunque la Directiva sólo se refiere en su Considerando 22 a la posibilidad de establecer controles electrónicos complementarios en el marco de la constitución y no también, a lo largo de todo el ciclo vital, debemos entender que se trata de un olvido o incoherencia. A la luz de la previsión contenida en el artículo 13 *undecies* 4º, que sin ningún género de dudas extiende el sistema de constitución íntegramente en línea *“mutatis mutandis a la presentación en línea de documentos e información”*, deberemos entender que estos medios complementarios se pueden extender a todo el ciclo vital.

<sup>59</sup> LUCINI, A., “La nueva Directiva sobre utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades”, cit., p. 45.